



Approved on October 14, 2016

Responsible Editor: Raymundo Juliano Feitosa

Associate Editor: Fernando Galindo Ayuda

Evaluation Process: Double Blind Review pelo SEER/OJS

EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MODELO INTEGRADO DE CONTROL Y DEFERENCIA

¹Felipe Paredes

RESUMEN

La investigación analiza el desarrollo de una comprensión sistemática sobre cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido el test de proporcionalidad (PT). En Derecho comparado existen diferentes versiones del TP, por lo que es necesario determinar cuál es el modelo que la CIDH tiene en mente para controlar la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La hipótesis planteada es que la CIDH, en la mayoría de los casos, es nada deferente con los Estados Partes. Sin embargo, es imposible que el sistema funcione sin los que tienen cierto grado de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de la Convención. Esto significa que, aunque tradicionalmente la CIDH ha declarado expresamente lo contrario, es necesario incorporar deferencia como criterio de interpretación para la aplicación de la convencionalidad examen. Por esta razón, el TP debe ser aplicado con un criterio variable en algunas áreas. Este artículo pone de relieve la necesidad de integrar todos estos elementos de forma consistente en el examen de convencionalidad.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos – control de convencionalidad – deferencia – margen de apreciación

THE PROPORTIONALITY TEST IN THE CASE LAW OF INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: AN INTEGRATED MODEL BETWEEN CONTROL AND DEFERENCE

ABSTRACT

The research analyzes the development of a systematic understanding about how the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has understood the proportionality test (PT). In Comparative Law, there is different versions of PT, and for this reason is important determine what model the IACHR has in mind to control the violation of the American Convention on Human Rights. The hypothesis is that the IACHR, in most cases, is nothing deferential with the States Parties. However, it is impossible that the system works without with a degree of discretion in the interpretation and application of the Convention. This means that, although traditionally the IACHR has expressly stated otherwise, it is necessary to incorporate deference as a criterion of interpretation for the application of the conventionality examination. For this reason, the TP should be applied with a variable criterion in some areas.

KEY WORDS: Human Rights –Conventionality Control – Deference – Margin of Appreciation

¹ Doctor y máster en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra – UPF (Espanha). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral de Chile - UACH, Valdivia (Chile). E-mail: felipe.paredes@uach.cl



O TESTE DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA RECONSTRUÇÃO DE UM MODELO INTEGRADO DE CONTROLE E DEFERÊNCIA

RESUMO

A pesquisa analisa o desenvolvimento de uma compreensão mais sistemática de como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem entendido o teste da proporcionalidade (TP). Uma vez que em Direito Comparado existem diferentes versões do TP, é necessário determinar qual é o modelo que a CIDH tem em mente para controlar a violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A hipótese que se coloca é que a CIDH, na maioria das vezes, não é nada deferente aos Estados Partes. Entretanto, é impossível para que o sistema funcione sem que aqueles não têm algum nível de discricionariedade na interpretação e aplicação da Convenção. Isto significa que, embora tradicionalmente a CIDH tenha expressamente indicado de outra forma, é preciso incorporar a deferência como critério interpretativo na aplicação do exame de convencionalidade. Isto quer dizer que o TP deve ser aplicado com um critério variável em algumas áreas.

PALAVRAS – CHAVE: Direitos humanos - controle de convencionalidade - deferência – margem de apreciação

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo reflexiona respecto a la elaboración de una comprensión sistemática, sobre la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido el test de proporcionalidad (TP) y su compatibilidad con el margen de discrecionalidad de los Estados. Como ha dado cuenta la literatura, el TP se ha convertido en una herramienta universalmente utilizada en la adjudicación de derechos y pareciere ser que sus ventajas como test de control se encuentran de sobra acreditadas (SWEET Y MATTHEWS, 2008). Esa tendencia también se ha visto reflejada en la jurisprudencia de la CIDH, la que en los últimos años ha invocado este razonamiento en reiteradas ocasiones y en diversas materias. Varias de estas sentencias han sido hitos relevantes dentro de su *corpus* jurisprudencial.

De esta forma, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) la adjudicación de DDHH se ha convertido en un control de razonabilidad, y en términos más concretos, en un control de proporcionalidad. Dado que existen distintas versiones del TP, es necesario dilucidar cuál es el modelo que la CIDH tiene en mente a la hora de controlar la vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH). Ello es relevante porque, como señala la doctrina mayoritaria, las normas sobre derechos humanos muchas veces pueden ser leídas en más de un sentido, dejando, generalmente, un margen de discreción al intérprete (TOBIN, 2010). Esto explica por qué, al mismo tiempo que la



jurisprudencia de la CIDH ha ido interpretando extensivamente el contenido de los derechos, ha surgido un debate acerca de las obligaciones que la Convención impone a los Estados partes y sobre el tipo de vulneraciones por las que sus nacionales pueden recurrir al SIDH. De esta forma, en la medida que las interpretaciones de las normas de la Convención sean más innovadoras, menos compartidas serán por los Estados, lo que en definitiva puede mermar la legitimidad del sistema.

La razón que inspira este trabajo, tiene que ver con la búsqueda de fórmulas que fortalezcan la legitimidad del SIDH, en la construcción de una integración más plena en el continente americano. En este sentido, es necesario partir por explicitar algunas premisas:

1. Sin perjuicio de que existen otras iniciativas en paralelo, tales como el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Andina (CAN) o la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), el SIDH constituye la iniciativa más exitosa desde el punto de vista de generar estándares jurídicos comunes aplicables a la inmensa mayoría de los Estados del continente.
2. Desde esta perspectiva, podría parecer contradictorio con la idea antes señalada, plantear como tesis principal alguna forma de autocontención judicial. Desde luego, ello puede resultar polémico y no pocos autores argumentarían que la CIDH debería ser estricta en juzgar a los Estados en un continente que aún tiene demasiados problemas en el cumplimiento de estándares básicos en materias de derechos humanos y democracia. No ponemos en duda este aserto, en lo absoluto. Es totalmente cierto que el SIDH ha sido un actor relevante en el contexto de las aún jóvenes democracias latinoamericanas.
3. Lo anterior explica que gran parte del trabajo de la CIDH, a diferencia de su análoga europea, se haya dedicado a conocer sobre violaciones graves a derechos básicos. Para comprobar lo anterior, basta con traer a colación una serie de estudios sobre la jurisprudencia de la CIDH, en materias tales como: desapariciones forzadas (CITRONI, 2003), torturas (GALDAMEZ, 2006) o ejecuciones sumarias (MEDINA, 2009). Otra línea destacada ha sido la protección de minorías, en la que la preocupación ha recaído sobre temas como: migrantes², protección de la infancia³ o pueblos indígenas⁴. Sin embargo, en

² Véase: CIDH. (2003). OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.

³ Véase: CIDH. (2001). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

⁴ Entre la nutrida jurisprudencia se destacan: Caso pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. *Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012 y Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas



los últimos años la CIDH ha diversificado considerablemente su quehacer. De este modo, tanto a través de la jurisdicción contenciosa como de la consultiva, han surgido precedentes en materias tan diversas como, por ejemplo, fertilización in vitro⁵, derechos de las personas jurídicas⁶ o derecho a la educación⁷.

4. Consecuentemente con esto, también han surgido críticas a la forma como la CIDH ha abordado algunos de estos temas, planteándose por algunos autores que el enfoque adoptado por la CIDH ha sido bastante vertical (NEUMAN, 2008). En este punto es importante distinguir entre esta crítica constructiva, versus aquellas que derechamente han sido reseñados en la literatura como intentos por desestabilizar el sistema. Es por esto que, dejando de lado la crítica infundada, no es descabellado pensar que es cierto que la CIDH ha sumido una postura interpretativa que concibe la relación entre SIDH y sistemas nacionales sobre la base de una relación eminentemente jerárquica.
5. El principio de prelación jerárquica en el Derecho internacional es un principio vector que articula las relaciones entre este ordenamiento y el Derecho interno. Sin perjuicio de ello, en ámbitos donde el consenso internacional puede ser más difuso, o derechamente romperse, esta actitud interpretativa puede contribuir a minar la legitimidad política del sistema. En este sentido, el desafío para un tribunal como la CIDH es, sin renunciar a controlar el cumplimiento de la CADH, ser capaz de integrar a los Estados parte en la construcción del espacio jurídico interamericano.

El trabajo examina este proceso en la jurisprudencia de la CIDH, para ello revisa el concepto de deferencia hacia los Estados en la construcción de los estándares del Derecho interamericano. En consecuencia, las dos preguntas que vertebran esta reflexión son ¿cuál ha sido el papel de los Estados en la definición de dichos estándares jurisprudenciales? A la luz de lo anterior, cabe preguntarse también cuál debería ser ese papel y por qué la respuesta debería ser un modelo que fomente el diálogo y la participación entre los distintos actores. En cuanto a la estructura, esta se compone de cuatro secciones. En la primera se explica por qué la CIDH requiere de un trabajo de desarrollo jurisprudencial que no necesariamente se puede remitir al texto escrito de la CADH. En la seguida se revisa el concepto de deferencia. En la tercera, se

del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. *Fondo, reparaciones y costas. Serie C-279, sentencia de 29 de mayo de 2014.*

⁵ CIDH (2012). *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

⁶ CIDH. (2016). OC-22/16, de 26 de febrero de 2016.

⁷ CIDH. (2015). *Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.



analiza la doctrina del margen de apreciación del sistema europeo, por ser el antecedente más ligada a la deferencia estatal. Finalmente, esbozaremos algunas conclusiones provisionales.

2. LA NECESIDAD DE DEFINIR ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALMENTE EN EL DERECHO INTERAMERICANO

La teoría jurídica ha reflexionado bastante acerca de las características estructurales de las normas que reconocen derechos humanos o fundamentales. Evidentemente, existen ámbitos donde ambas categorías se diferencian, pero al menos en esta materia, lo dicho respecto de una es extrapolable a la otra.

En términos generales, se suele afirmar que estas normas jurídicas poseen una estructura abierta, que responde a la categoría normativa denominada Principio Jurídico (ALEXY, 2011). Esto quiere decir, en resumidas cuentas, que en estos casos la norma jurídica presenta acusados problemas de ambigüedad y vaguedad, adoleciendo de un alto nivel de indeterminación, ya sea en el antecedente, como en la consecuencia jurídica. Desde esta óptica, se ha señalado por varios autores que en ellos, tomando prestada la expresión de Hart, la zona de penumbra es considerablemente mayor que en el resto de las normas jurídicas. En efecto, los autores han utilizado diversas denominaciones para explicar esta característica. Por ejemplo, Zucca (2007, p. 7) prefiere hablar de la “generalidad de los derechos”, Ferreres (1997, p. 19) se refiere a ella como la “ambigüedad y vaguedad de los enunciados” y Gozzi (1999, p. 270), en la que para nuestro gusto es la metáfora más gráfica, prefiere hablar de “*incompletezza*”. Cualquiera sea la expresión que se utilice, todas ellas dejan en evidencia que en dichos enunciados lingüísticos existen cierta información que la misma norma no proporciona, y que es imprescindible para su aplicación.

Sin embargo, las cosas son más complejas, puesto que no se trata simplemente de un problema hermenéutico. Sin perjuicio de ello, existe una dificultad adicional. Las declaraciones de derechos humanos recurren normalmente a expresiones con un alto contenido valorativo. Este hecho no es casual. Basta con leer el preámbulo de la CADH, para que quede claro su compromiso con determinados valores, que se califican como objetivos últimos del ordenamiento jurídico interamericano. Que el “lenguaje de los derechos” sea altamente tributario del discurso moral, implica una serie de complejidades desde el punto de vista interpretativo. La principal tiene que ver con el debate acerca de la objetividad del discurso moral y la posibilidad de en ese contexto obtener respuestas correctas.



La verdad de las cosas, no es nuestra intención involucrarnos en ese debate. Creemos que, para estos efectos, basta con poner de manifiesto, que en el estado actual de la discusión, una tesis del tipo única respuesta correcta como la planteada por Dworkin es muy difícil de defender (2012, p. 159). Esto explica por qué gran parte de la doctrina se ha alineado con la tesis contraria, descartando al menos la plausibilidad de una versión fuerte de la tesis de la única respuesta correcta (AARNIO, 1990). Ello no quiere decir, necesariamente, que no sea posible distinguir el Derecho de la moral o de la política. Como lo muestran distintos autores, es posible suscribir la tesis de que la interpretación en materia de derechos humanos, es más un acto de persuasión que de descubrimiento, sin que ello signifique que no sea posible concebir un método que permita seleccionar uno de los posibles sentidos de la norma entre el elenco de potenciales significados (TOBIN, 2010). Entonces, si esta última premisa es correcta, es dable concluir que, en cualquiera caso que asumamos la existencia de más de una respuesta posible, es forzoso reconocer que existe un punto en el que el Derecho abre paso para que sea el propio intérprete quien termine por darle el contenido definitivo a la norma jurídica.

Las circunstancias antes descritas son cruciales para garantizar los derechos humanos. En la medida que éstos constituyen un sistema abierto, en la mayoría de las veces no es posible saber con precisión cuáles son todos los supuestos regulados y/o la consecuencia jurídica que en cada uno de esos casos corresponde ante su vulneración. En este sentido, para poder aplicarlos a un caso concreto, se requiere de un ejercicio de determinación o especificación del contenido de los derechos (MORESO, 2005, p. 166). Frente a este panorama surge la pregunta de si los Estados deberían gozar de un grado de deferencia en dicho proceso y cuáles serían las razones que lo justificaría.

3. SOBRE DEL CONCEPTO DE DEFERENCIA Y SU FUNDAMENTO

En términos generales, se puede afirmar que deferencia significa respeto por la decisión de otro. En el ámbito jurídico las cosas no son muy distintas. Así por ejemplo Foley (2008, p. 4), señala que la deferencia describe una situación donde un órgano revisor otorga un valor intrínseco al criterio aducido por otro órgano para justificar su decisión, y como consecuencia de ello, resuelve mantenerla. Como veremos más adelante, este fenómeno se puede explicar por varias razones, pero todas ellas remiten a que es valioso para la protección de ciertos bienes jurídicos, que el órgano en cuestión goce de un cierto margen de libertad de configuración normativa. De esta forma es posible comprender que la conexión entre deferencia y discreción



es estrecha. Ambas ideas no son más que las dos caras de una misma moneda, y en consecuencia, cuando el revisor decide juzgar con algún grado de deferencia, está implícitamente tolerando un margen de discreción en la adopción de la decisión, o más bien, cuando la norma confiere discreción al intérprete, a este último se le debe juzgar con algún grado de deferencia.

De acuerdo con Maurice Rosenberg (1978, p. 636), la idea central para entender el concepto de discreción es la de capacidad de elección, esto es, ninguna decisión puede ser discrecional en ausencia de más de un posible resultado, estando todos ellos igualmente justificados en el contexto de un sistema normativo determinado. De esta forma, el único control posible es el de abuso de discreción, lo que puede ocurrir si el órgano decisor considera factores incorrectos, no considera factores necesarios o su razonamiento asume premisas que son contrarias a la evidencia empírica.

La preocupación por la discreción no es nueva en el Derecho. En definitiva, el Derecho moderno se plantea asimismo como un conjunto de dispositivos para reducir la discrecionalidad. Para la adecuada comprensión del asunto, es necesario introducir la distinción entre discrecionalidad y discreción, pues ambas palabras poseen un origen etimológico idéntico, pero su significado es distinto. El primer término posee una connotación claramente negativa, aludiendo a una decisión se toma en ausencia de reglas, y por extensión, se aplica a todos aquellos casos en que adopta una decisión sin una adecuada justificación. En cambio, en la discreción el actuar enjuiciado sí está sometido a criterios y puede ser enjuiciado, no obstante, existe más de una manera de dar cumplimiento a los objetivos que establece la norma.

Desde otra perspectiva, la discreción está relacionada con el principio de separación de poderes, en el sentido de separación de funciones. Esta idea se inspira originalmente en la técnica de la división del trabajo. (YASSKY, 1989, p. 433). El argumento, en una formulación gruesa, es sencillo: la división de poderes en el plano horizontal prevé distintas asignaciones funcionales a órganos específicos. Estas asignaciones funcionales estarán relacionadas con cada una de las ramas institucionales en términos competenciales, lo que resulta en la especialización y un reparto eficaz del trabajo. Para que este principio estructural funcione en el marco del Estado constitucional de Derecho, se requiere que cada poder del Estado cuente con un margen de discreción, de lo contrario es imposible concebir una separación de poderes efectiva.

En la literatura sobre razonabilidad y control se han reseñado distintos tipos de deferencia, sin perjuicio de que todas ellas parecen estar parcialmente conectadas:



a. Deferencia técnica.

Existen ocasiones en que la decisión que se revisa está fundada en razones que suponen un determinado conocimiento de una ciencia o arte. Este es un viejo problema del Derecho, que para los casos individuales se ha solucionado por la vía del informe pericial. Sin embargo, en este tipo de casos, de lo que se trata es de evaluar políticas públicas. Desde este punto de vista, en determinadas materias que requieren conocimientos de carácter técnico de tipo complejo, un sector importante de la doctrina comparada ha planteado que es necesario reconocer facultades discrecionales a la Administración del Estado, con el objeto de que esta pueda dar cumplimiento a sus fines (TAPIA; CORDERO, 2015, p. 2015).

b. Deferencia política

Por otro lado, hay distintos autores que han defendido la utilización de la deferencia para hacer frente al problema de la legitimidad democrática de los tribunales en materia de derechos humanos o fundamentales. El problema trae causa en las dificultades interpretativas que conllevan estas normas, lo que está asociado a que por esta vía se pueden dejar sin efecto decisiones adoptadas por los poderes públicos representativos.

Esta forma de deferencia hunde sus raíces más profundas en el que, probablemente, es el debate más clásico del constitucionalismo comparado, esto es, la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad, que en EEUU encuentra su formulación más célebre en Alexander Bickel (1986), y que hoy por hoy, han desarrollado importantes juristas como Jeremy Waldron (2005) o Mark Tushnet (2013). En su formulación más básica, dicha crítica consiste en que, dado que en materia de derechos las mismas características del lenguaje dificultan tremendamente el poder establecer qué es lo que dicen dichas disposiciones, también ponen en el centro de la escena a los tribunales, órganos que carecen de legitimación popular, incluso contra la voluntad de las mayorías legislativas, y en el caso del Derecho internacional, además pasando por sobre el dogma de la soberanía estatal.

c. Deferencia por razones prudenciales

Entendemos por razones prudenciales aquellas relacionadas con precaver los efectos perniciosos de la invalidación de un acto. Este argumento está inspirado por otro de los grandes



principios generales del Derecho: la seguridad jurídica. En ocasiones la deferencia se explica por el propósito de evitar los vacíos normativos que se producirían a consecuencia de la anulación de una norma (PINARDI, 2007, p. 5; BORDALÍ, 2009, p. 60). Se trata del fenómeno que se conoce como *horror vacui*, literalmente “miedo al vacío”. Esta doctrina se ve complementada por el principio de conservación de los actos jurídicos, que presume que los poderes públicos actúan movidos por razones que se enmarcan dentro de las atribuciones y límites establecidos por el ordenamiento jurídico, a menos que se demuestre lo contrario.

Todas estas son consideraciones que se suelen tener lugar en el marco de los ordenamientos nacionales. No obstante, el derecho internacional de los derechos humanos posee algunas peculiaridades, también comparte buena parte de los principios generales del Derecho, por lo que no es descabellado pensar que también son pertinentes a la hora de controlar la convencionalidad de una acción estatal.

A este respecto, no es irrelevante destacar que, independientemente de la razón de fondo invocada, la importancia de determinar el grado adecuado de deferencia, al controlar el accionar de un órgano, o en este caso de un Estado, determina los resultados de la aplicación del test en concreto. Así las cosas, si la deferencia es completa, no hay control posible. Un ejemplo de la vida cotidiana puede ilustrar una situación como esta: cuando vamos al médico el paciente, generalmente muestra total deferencia hacia el diagnóstico hecho por el facultativo. Por el contrario, si la deferencia no existe, todo es revisable y el juzgador puede sustituir completamente la decisión del justiciado.

Como se puede intuir, ninguno de estos dos extremos es una situación deseable en el marco del ejercicio de potestades jurisdiccionales de revisión. Así, por ejemplo, desde la óptica del SIDH, este se constituye como un control que opera con carácter subsidiario de los mecanismos que pueden tener lugar en el Derecho interno de los Estados signatarios, para asegurar la vigencia de la CADH⁸. Por otra parte, dentro de esta misma estructura la CIDH tiene legítimas atribuciones para resolver casos de manera autoritativa, determinando el sentido y alcance de las disposiciones de la CADH⁹.

⁸ Para que una petición o comunicación sea admisible es indispensable que previamente se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos (art. 46.1.a CADH)

⁹ Si bien esta es una pretensión natural de cualquier tribunal internacional, en el caso de la CIDH se hace más palmario, dado que esta posee una competencia consultiva, que le permite interpretar con carácter vinculante en contenido de la CIDH.



Todo lo anterior pone en evidencia la necesidad de incorporar al análisis de la deferencia en el principal mecanismo de control que utiliza la CIDH, esto es, el test de proporcionalidad, teniendo en cuenta de que esta es una discusión que ha tenido lugar en todos los ordenamientos donde dicho test ha sido aplicado, ya sea en el marco de los ordenamientos nacionales como en el plano del Derecho internacional.

4. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

Sobre el test de proporcionalidad se ha escrito bastante. En una reconstrucción básica implica un examen que se estructura en cuatro pasos: legitimidad, idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

- Legitimidad: La medida es reconducible a la satisfacción de un interés jurídicamente válido
- Idoneidad: La medida es útil para satisfacer dicho interés
- Adecuación: La medida representa la alternativa menos intrusiva para el derecho en cuestión
- Proporcionalidad: existe una adecuada relación entre medios y fines.

Ahora bien, la CIDH adopta una versión ligeramente distinta del test, y tal como sucede en la gran mayoría de los casos en Derecho comparado, la CIDH lo crea por vía interpretativa, sin que exista un antecedente normativo claro en el texto de la convención. Lo que sí es necesario destacar, es que presenta una estructura bastante uniforme. En síntesis, cada vez que la CIDH examina la convencionalidad de una medida que restringe o limita alguno de los derechos del CADH, estas deben cumplir los siguientes requisitos: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Como antes ya hemos señalado, el TP ha devenido en la única herramienta para controlar la convencionalidad de las limitaciones y vulneraciones a los derechos reconocidos por la CADH. En su aplicación la jurisprudencia ha sido clara en establecer dos criterios:

1. El Estado debe siempre justificar que la medida cumple con esos requisitos. Es decir, la argumentación acerca de la proporcionalidad de la medida es vista como una carga procesal para el Estado. Por el contrario, pareciera que los denunciantes no poseen una obligación de demostrar la desproporción de la medida adoptada por el Estado, exigiéndoseles nada más un indicio que permita presumir dicho resultado



2. En caso de dudas, es el Estado quien debe soportar la carga de la incertidumbre. Por tanto, sin perjuicio de a quién corresponda la carga de la justificación, si aún no es posible tener la certeza jurídica de que la CADH ha sido vulnerada, la CIDH declara la existencia de la vulneración y condena al Estado.

En síntesis, todo ello configura un escenario en el que los Estados carecerían de discreción para, en contextos de incertidumbre, poder ejercitar algún grado de discreción en la interpretación de la CADH. Muy por el contrario, en la concepción de la CIDH el estándar es sumamente estricto, puesto que el Estado debe eliminar cualquier posibilidad de vulneración del texto de la CADH. Al menos, estos es lo que la CIDH ha declarado en reiteradas ocasiones.

B. ¿Cómo la doctrina del MA es una forma de deferencia?

Esta manera de concebir el TP se diferencia notoriamente a la de su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Al respecto es conocida la doctrina del margen de apreciación (MA), que reconoce a los Estados miembros cierta latitud a la hora de determinar la manera cómo se dará cumplimiento a los objetivos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Según Arai-Takahashi (2002, p. 3) la doctrina del MA ha sido desarrollada como un intento de impulsar un equilibrio entre las visiones nacionales de los derechos humanos y la aplicación uniforme de los valores de la Convención. Esta es inherente a la concepción que informa el CEDH, de que este debe servir como un sistema complementario, que operara con carácter subsidiario a los sistemas nacionales.

La verdad es que esta tesis ha sido abiertamente discutida, tanto en su justificación como en sus alcances, existiendo autores que han criticado duramente su utilización. En resumidas cuentas, la principal objeción tiene que ver que ella tendría como resultado una teoría consecuencialista de los derechos, (LETSAS, 2006). Ello sería complejo, debido a que, en determinados contextos, los derechos de las minorías perderían fuerza frente a las preferencias de la mayoría. Ahora bien, a nuestro juicio esa crítica no se hace cargo de la dificultad de que padecen las teorías substantivas que pretenden explicar la idea de derechos humanos: ninguna de ellas logra imponerse a sus rivales, desde esa óptica, también podrían ser consideradas una imposición de una determinada moral en perjuicio de quienes no suscriban sus premisas.

Lógicamente, el tema del consenso es de viejo cuño en materia de derechos humanos, y a estas alturas, continúa siendo insoluble. Entre los más escépticos destaca Jeremy Waldron (2005), quien ha defendido la idea de que el razonamiento en materia de derechos nos termina



remitiendo siempre a cuestiones de naturaleza moral, y respecto de éstas en nuestras sociedades contemporáneas reina el más profundo desacuerdo. Por este motivo no es correcto, si es que nos importa la democracia que estos desacuerdos terminen siendo resueltos por jueces que carecen de legitimación popular, pues en muchas de estas cuestiones (aborto, eutanasia, matrimonio homosexual, solo por poner algunos ejemplos) lo que está en juego son las distintas concepciones morales a las que adhieren las personas.

La tesis de Waldron es interesante al mostrar la fragilidad de las bases sobre las que se asientan construcciones como el Estado constitucional de Derecho o el Derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, nos parece que empíricamente yerra en mostrar sólo una parte de la realidad. Es cierto que, en muchos ámbitos de la vida en sociedad, los seres humanos no logramos alcanzar un consenso. Sin embargo, el acuerdo y la cooperación sí son posibles en muchos casos que no dejan de ser importantes, ya sea cualitativa y cuantitativamente. Por último, existen una gran mayoría de casos, en los que se alcanza un consenso en términos generales, pero que este consenso se empieza a difuminar al ir adentrándose en aspectos de mayor detalle o en distinciones más finas. Estos últimos son casos que Cass Sunstein denomina “acuerdos parcialmente teorizados” (1995). Como señala el mismo autor, la discusión hasta ahora se ha centrado, casi exageradamente, en la necesidad de convergencia. Es cierto que existe una necesidad de este tipo; pero es sólo una parte de la realidad. En el Derecho, como en la política, el desacuerdo puede ser una fuerza productiva y creativa, revelando de error, puede observarse lagunas, moviendo la discusión y los resultados en una buena dirección. Pero, por otra parte, en contextos donde la heterogeneidad axiológica parece ser la principal característica, como lo es en el Derecho internacional, el minimalismo institucional tal vez pueda arrojar mejores resultados que una actitud maximizadora.

Dicho todo esto, entonces, es posible comprender que lo que inspira una doctrina como la del MA es un argumento que defiende la deferencia política de los Estado para interpretar el CEDH, en determinadas materias donde el consenso se rompe. Ejemplos clásicos de esta situación son las leyes de aborto en países de orientación católica, o asuntos relacionados con la seguridad nacional. Situación similar es posible observar en otros tribunales comparados. En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también existe una profusa jurisprudencia que hace parte a los Estados de la construcción del orden jurídico europeo (GERARDS, 2011). Por otra parte, esto es congruente con los enfoques que se han adoptado en varios ordenamientos jurídicos. Al respecto el caso más claro es el de EEUU, donde directamente se han configurados distintos tests que incorporan un grado distinto de deferencia, según sea el caso. Pero también



la deferencia se ha incorporado en contextos donde predomina el test de proporcionalidad. Ese es el caso de Canadá, donde el famoso test de *Oakes*, ha morigerado su carácter estricto en determinadas materias que implican el control de leyes con contenido económico (CHOUDHRY, 2006).

5. ¿EXISTE CABIDA PARA LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN?

Hecho el análisis conceptual y comparado, discutiremos la afirmación sostenida en reiteradas oportunidades por la CIDH, de que la doctrina del margen de apreciación no tiene ninguna cabida en el SIDH. Creemos que esa afirmación es errónea y lo es por dos razones: es empíricamente falsa y es al menos, teóricamente debatible.

Es empíricamente falso que no exista margen de apreciación al interior del SIDH. En primer lugar, porque la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo ha aplicado en no pocas ocasiones (NÚÑEZ: 2012, p. 13). Ello muestra claramente que la doctrina del MA se encuentre presente en uno de los dos órganos del sistema. Ello, por cierto, tiene pleno sentido, dado que la Comisión Interamericana actúa a modo de filtro respecto de los casos que llegan finalmente a la CIDH. Solo a título ejemplar se pueden citar dos casos.

En Efraín Ríos Montt¹⁰, se señala. “Considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esa condición de ineligibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso *sub judice*, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional”. Idéntico razonamiento se puede observar en el caso *Baby Boy v. EE.UU.*¹¹, donde se declara: “La vaguedad de los derechos descritos en la Declaración pueden permitir considerable latitud de interpretación a la Comisión, pero dicha interpretación debe guardar congruencia con la intención de quienes adoptaron la Declaración. En casos particulares, la Convención puede o no proporcionar directivas precisas para definir los términos de la Declaración”.

En honor a la verdad, en la CIDH los casos son considerablemente más escasos. Dejando de lado las opiniones consultivas, en las que no se puede hablar de un control de la actividad estatal en el sentido estricto, existen una serie de sentencias en la que algunos autores creen ver

¹⁰ Comisión Interamericana de DDHH, Informe 30/93, caso núm. 10.804, de 12 de octubre de 1984.

¹¹ Comisión Interamericana de DDHH, Informe 23/81, caso núm. 2.1414, de 06 de marzo de 1981.



la aplicación de la doctrina del MA. Por ejemplo, Sánchez cita López Álvarez vs. Honduras¹² y Chaparro Álvarez vs. Ecuador¹³ (2015, p. 228). Pablo Contreras cita Kimel vs. Argentina¹⁴ y Mémoli vs. Argentina¹⁵. Creemos que todos esos casos son discutibles, entre otras cosas porque la CIDH ha sido altamente reacia a utilizar cualquier tipo de nomenclatura que revele que está siguiendo los pasos de su similar europea. No obstante, sí existe un caso indiscutible, respecto del cual todos los autores están contestes: Castañeda Gutman vs. México¹⁶, donde la CIDH reconoce que la CADH “no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado” ni “establece un mandato específico sobre la modalidad que los Estados partes deben establecer para regular el ejercicio del derecho a ser elegido en elecciones populares”.

Desde el punto de vista teórico, existen argumentos poderosos para dejar algún margen para la deferencia estatal. En efecto, en la versión de TP que utiliza la corte es altamente plausible que en los pasos c) (proporcionalidad *stricto sensu*) y d) (finalidad de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática), pueda surgir en determinadas materias más de una respuesta correcta a un problema concreto. Probablemente el mismo ejemplo del caso Castañeda, sirve como buen caso de laboratorio para ilustrar la situación. Como se sabe, los hechos traen causa en la prohibición de candidaturas independientes en México. Pues bien, esa medida podría interpretarse como una limitación de la democracia o como una regla necesaria para su fortalecimiento. Todo depende de qué concepción de la democracia estemos dispuestos a suscribir. Desde luego, la respuesta variará en una democracia clásicamente representativa o en una democracia semidirecta.

La explicación de por qué se produce este fenómeno, en términos simples, se debe a que el TP es una herramienta metodológica y no un criterio sustantivo. La virtud que tendría esta herramienta, según sus defensores, sería que sirve para resolver cualquier problema de adjudicación de derechos, operando como una verdadera llave maestra. Por lo mismo, parece una afirmación de sentido común, que cualquier herramienta que opere con esta vocación tan universal, deba sufrir adaptaciones en ciertos casos. Justamente ese es la finalidad práctica de la doctrina del MA, pues siempre está la posibilidad de la llave maestra falle al intentar abrir alguna cerradura. Pero, sin duda, habrá que convenir, que esos casos son francamente excepcionales, porque de lo contrario el TP dejaría de cumplir su función primordial.

¹² CIDH. López Álvarez vs. Honduras. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2016.*

¹³ CIDH. Chaparro Álvarez vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.*

¹⁴ CIDH. Kimel vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de mayo de 2008.*

¹⁵ CIDH. Mémoli vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013.*

¹⁶ CIDH. Castañeda vs. México. *Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de septiembre de 2008.*



6. REFLEXIONES FINALES

A la luz de lo expuesto, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1. Es imperativa la participación de los Estado en la construcción de los estándares interamericanos. La CIDH ha hecho esfuerzos en el último tiempo en tal sentido, pero es preciso seguir transitando por esa senda. La importancia de realizar este ejercicio, está dado porque la CIDH puede ganar dosis importante de legitimidad, y ello puede significar dar el paso a un verdadero derecho de la integración en el continente americano.
2. Es necesario una teoría de la deferencia también en la CIDH. Independientemente de cuál puede ser el lugar de la discreción estatal, según las materias, es desaconsejable que se siga predicando que en el SIDH no existe ningún margen de discreción para los Estados. Ello es tremendamente importante, puesto que la deferencia es un elemento de cualquier test de razonabilidad, incluido por cierto el TP.
3. La tesis aquí planteada, no es en lo absoluto incompatible con que puedan existir materias en las que no puede haber ningún tipo de discrecionalidad, como por ejemplo, la prohibición de la tortura o de la esclavitud. Para ello la CIDH debe hacer un examen acerca de cuáles son las normas de Derecho internacional, generalmente aceptadas por los Estados.
4. La tesis defendida en este trabajo no significa, en lo absoluto, una justicia del caso concreto. Todo lo contrario, supone un desafío en orden a generar estándares comunes, pero también, ámbitos de configuración normativa con los mismos límites para todos los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, A., La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 8, 1990, pp. 23- 38.

ALEXY, R., Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 91, 2011, pp. 11-29.

ARAI-TAKAHASHI, Y., **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality of ECHR**, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002.

BICKEL, A., **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**, Yale University Press, New Haven, 1986.



BORDALÍ, A., Jueces constitucionales un poder incómodo. In: NOGUEIRA, H. (coord.) **La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix – Zamudio en sus cincuenta años como investigadores del derecho**, Librotecnia, Santiago de Chile, 2009, pp.47-71

CHOUDHRY, S., So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1. In: **Supreme Court Law Review**, vol. 34, núm.1, 2006, pp. 501-525.

CITRONI, G., Desaparición forzada de personas. Desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario Español de Derecho Internacional**, núm. 19, 2003, pp. 373-408.

DWORKIN, R., **Una cuestión de principios**, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

FERRERES, V., **Justicia constitucional y democracia**, CEPC, Madrid, 1997.

FOLEY, B., **Deference and the Presumption of Constitutionality**, Institute of Public Administration, Dublin, 2008.

GOZZI, G., **Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale**, Editori Laterza, Bari, 1999.

GALDAMEZ, L., La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, In: **Revista CEJIL**, núm. 2, 2006, pp. 89-100.

GERARDS, J., Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine. In: **European Law Journal**, núm. 17, vol, 1, 2011, pp.80-120.

LETSAS, G., Two concepts of Margin of Appreciation. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 26, núm. 4, 2006, pp. 705-732.

MEDINA, C., Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana, In: **Anuario de Derechos Humanos**, 2009, pp. 15-34.

MORESO, J. (2005), Sobre los conflictos entre derechos. In: CARBONELL, M. (coord.), **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**, Trotta, Madrid, 2005, pp.

NEUMAN, G. L., Import, Export, and Regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. In: **European Journal of International Law**, vol. 19, núm. 1, 2008, pp. 101-123.



NÚÑEZ, M., Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. In: VV.AA., **El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones nacionales y regionales**, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, pp. 3-49.

PINARDI, R., **L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore**, Giuffrè Editore, Milán, 2007.

ROSENBERG, M., Judicial Discretion of the Trial Court, Viewed from Above. In: **Syracuse Law Review**, vol. 22, núm. 3, 1971.

SWEET, A. S.; MATHEWS, J., Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, núm. 47, 2008, pp. 72 – 164.

TAPIA, J.; CORDERO, L., La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional. In: **Estudios Públicos**, núm. 139, 2015, pp. 7-66.

SÁNCHEZ, P., Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos). In: **Eunomia**, núm. 9, 2015, pp. 224-231.

SUNSTEIN, C., Incompletely Theorized Agreements. In: **Harvard Law Review**, vol. 108, No. 7, 1995, pp. 1733-1772

TOBIN, J., Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation. In: **Harvard Human Rights Journal**, vol. 23, 2010, pp. 1-50.

TUSHNET, M., **Constitucionalismo y Judicial Review**, Palestra Editores, Lima, 2013.

WALDRON, J., **Derecho y desacuerdos**, Marcial Pons, Madrid, 2015.

YASSKY, D., A Two-Tiered Theory of Consolidation and Separation of Powers. In: **The Yale Law Journal**, vol. 99, núm. 2, 1989, pp. 431-452.

ZUCCA, L., **Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA**, Oxford University Press, Nueva York, 2007.